Archiv für die civilistische Praxis.

IX.

Ueber die Eintheilung des Pfandrechts in öffentliches und Privat-Pfandrecht.

Von Löhr.

In einem frühern Bande dieses Archivs[1]) ist unter Anderem auszuführen versucht worden, daß die Eintheilung der Pfandrechte in öffentliche und nicht öffentliche sich nicht auf die conventionellen Pfandrechte beschränke, sondern auf alle Pfandrechte gehe. Ein öffentliches Pfandrecht sey daher ein jedes, bei welchem das Factum der Verpfändung aus einer öffentlichen oder gleichsam öffentlichen Urkunde erwiesen werden könne, ein jedes andere sey ein Privat-Pfandrecht, einerlei, ob sein Daseyn durch Urkunden oder auf andere Weise nachgewiesen werde. Diese Ansicht ist von Thibaut[2]), Spangenberg[3]) und Gesterding[4]), jedoch von diesem mit einem eigenthümlichen Zusatze, gebilligt, von

1) Archiv Bd VI. Hft 1. Nr. 6.

2) Thibaut, Pand. R. 7te Aufl. §. 659.

3) Strube's rechtl. Bed., herausgegeben von Spangenberg. Bd. 1. Nr. 268. S. 419.

4) Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen. Bd. 2. S. 443 – 58.

Makeldey [5]), Mühlenbruch [6]), Schweppe [7]) und Seuffert [8]) verworfen, in den neuesten Zeiten von Franke [9]) bestritten worden. Bei diesem mehrfachen Widerspruche lohnt es vielleicht der Mühe, das von mir kurz Angedeutete weiter auszuführen und bei dieser Gelegenheit das dawider Vorgebrachte einer Prüfung zu unterwerfen.

Die Gründe für meine Ansicht sind im Wesentlichen die folgenden: Erstens, es spricht Leos Verordnung nicht allein von den conventionellen Pfandrechten, sondern von allen *). Leo sagt, daß Privat-Urkunden über Verträge, wenn sie von den Partheien unterschrieben worden, eben so wirksam seyn sollen, wie die öffentlichen, um dadurch die persönliche Klage gegen den Schuldner zu begründen. Unmittelbar hierauf fährt er fort: sin autem jus pignoris, vel hypothecae *ex hujusmodi instrumentis vindicare* quis sibi contenderit: *eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur:* nisi forte probatae atque integrae opinionis trium, vel amplius virorum subscrptiones eisdem idiochiris contineantur. Tunc enim quasi publice confecta accipiuntur [10]).

Betrachten wir diese Stelle unbefangen in ihrem Zusammenhange, so werden wir finden, daß sie nicht entfernt von Conventional-Pfändern (die ja auch ohne Urkunden errichtet werden können) redet, und eben so wenig von der Bestellung eines Pfandrechtes in einer Urkunde. Nur die

5) Mackeldey, Heut. Recht. §. 322.
6) *Mühlenbruch*, doctrina pand. §. 418. Wenn M. behauptet, ich verlange, daß auch die Forderung ex instrumentis publicis bewiesen werde; so weiß ich nicht, wo ich dies gesagt haben soll.
7) Schweppe, Concurs. 2te Aufl. S. 133.
8) Seuffert, Pand. R. §. 218. (Erörterungen. II. S. 140.)
9) Franke, Beiträge, Abh. 5. S. 105—110.
*) Archiv a. a. O. S. 160.
10) C. 11. C. 8, 18.

Bedeutung der Urkunden soll näher darin bestimmt werden. Wer aus einer, von den Partheien unterschriebenen, Privat-Urkunde eine persönliche Klage gegen den Schuldner anstelle, solle nicht übler daran seyn, als wenn er aus einer öffentlichen Urkunde klage; wer dagegen sein Pfandrecht aus einer Privat-Urkunde gegen einen andern, selbst jüngern, Pfandgläubiger mit der Hypotheken-Klage verfolge, solle dem Beklagten regelmäßig nachstehen, wenn dieser sein Recht aus öffentlichen Urkunden beweise.

Daß unter den hujusmodi instrumenta Privat-Urkunden überhaupt verstanden werden müssen, dies giebt der ganze Zusammenhang der Stelle. Eben so deutlich ist es, daß ex hujusmodi instrumentis vindicare nur heißen kann, man begründe seine *vindicatio* durch Privat-Urkunden. Daß der Beklagte, qui instrumentis publice confectis *nititur*, nur ein Pfandgläubiger seyn kann, der sich zur Begründung seiner Einrede, er sey ebenfalls Pfandgläubiger, auf instrumenta publica beruft, dies ist eben so klar, als daß hier von keinem Concurse, keiner Rang-Ordnung der Pfandgläubiger, sondern nur von dem Verhältnisse des Klägers und des Beklagten und der Bedeutung der von beiden geführten Beweise die Rede ist [11]. Diese Beweisführung kann bei jedem Pfandrechte durch öffentliche, durch Privat- und ohne Urkunden Statt finden: es läßt sich daher nicht wohl absehen, mit welchem Grunde man behaupten will, daß das Gesetz nur von conventionellen Pfändern rede, die sogar auch ohne Urkunde bestellt werden können. Nur das läßt sich etwa mit Gesterding fragen, ob das Gesetz auch alsdann anwendbar sey, wenn einer von beiden Theilen keinen Urkundenbeweis führen kann oder will? Allerdings spricht das Gesetz nur von Urkunden, wie dies sein ganzer Zusammenhang mit sich bringt; dies

---

11) Gesterding, a. a. O. S. 453.

kann jedoch, meiner Ansicht nach, die allgemeine Anwendbarkeit desselben nicht hindern. Wer durch Privat-Urkunden vollständig beweist, führt einen eben so gültigen und wirksamen Beweis, wie der, welcher anderer Beweismittel sich bedient, ja im Grunde noch einen bessern, da es im römischen Rechte viele Fälle giebt, wo nur allein durch Urkunden Beweis geführt werden kann [12]. Eine Folge hiervon scheint es, daß der Beweis, welcher kräftiger ist, wie der Beweis durch Privat-Urkunden, auch besser seyn muß, wie andere Arten des Beweises, dies um so mehr, da nur allein durch diese Annahme die in der Folge zu berührenden Schwierigkeiten verschwinden.

Dagegen bemerkt freilich Schweppe: „die ganze „Rangordnung des öffentlichen und Privat-Pfandes gilt nur „für Pfandrechte aus Urkunden, und ist unanwendbar „für mündlich bestellte, richterliche und gesetzliche Pfandrechte, denn über Urkunden hinaus giebt es in Bezug auf „den Beweis nicht mehr den Unterschied des öffentlichen und „des Privat-Beweises; auch geht die ganze Absicht des Vorzuges nur dahin, die Privat-Urkunden durch öffentliche zu „verdrängen, aber nicht den Beweis durch Urkunden zu dem „einzigen zu machen: auf jeden Fall würde aber auch die „strenge Auslegung aller Vorzugs-Rechte die Erweiterung „verbieten [13].“ Allein wo steht denn, daß nur die in Ur-

---

12) Ich will bei dieser Gelegenheit nur daran erinnern, daß, obschon weltliche Emphiteusen auch ohne Schrift constituirt werden können, dennoch Abweichungen von der naturalia negotii nur alsdann beachtet werden, wenn sie in einer Urkunde bestimmt worden sind, und durch Production dieser Urkunde bewiesen werden können. c. 1. 2. 3. C. 4, 66.

13) Schweppe, das System des Concurses der Gläubiger. 2te Aufl. S. 133.

Der gegenwärtige Aufsatz war längst abgegeben, als mir der zweite Band von Schweppe's Privatrecht zukam. Dort

kunden bestellten Pfandrechte nach **Leo's** Verordnung beurtheilt werden sollten, wo steht Etwas von der angegebe-

---

findet sich die im Texte abgedruckte Stelle S. 333. a. E. S. 334. beinahe wörtlich wieder, jedoch fehlen die richterlichen Pfandrechte, wohl aus einem Versehen, da auch diese keine Pfandrechte aus Urkunden im Schweppe'schen Sinne sind, indem erst die Ergreifung der Detention in Gefolg der missio das Pfandrecht begründet, und da sie auf alle Fälle nicht zu den conventionellen Pfandrechten gehören. Am Schlusse wird das Folgende neu hinzugefügt: „Gegen die „Anwendung auf gesetzliche Pfandrechte spricht auch noch, „daß, weil der Verpfänder nicht verpflichtet ist, ein instru-„mentum publicum vel quasi darüber auszufertigen, es in „seiner Hand stünde, diese Pfandrechte durch Ertheilung eines „öffentlichen Conventional-Pfandrechtes an Andere zu unter-„graben." Mit Rücksicht auf diese Bemerkung erlaube ich mir nachträglich hier hinzuzufügen, daß auch sie, die mir wesentlich von einer scheinbar ähnlichen Franke's verschieden scheint meine Gründe nicht berührt, und am wenigsten von Hrn. O. A. R. Schweppe geltend gemacht werden kann. Da dieser die mündlich bestellten Conventional-Pfänder weder zu den öffentlichen noch zu den nicht öffentlichen rechnet; so ist ihm diese Eintheilung auch keine Eintheilung der conventionellen Pfandrechte: nach ihm kann also diese Eintheilung, gerade aus dem von ihm angeführten Grunde, wenn dieser Grund wirklich Bedeutung hat, auch auf die conventionellen Pfandrechte nicht angewendet werden. Da die prätorischen Pfandrechte niemals auf Urkunden, immer auf der Ergreifung der Detention beruhen, die testamentarischen auch in einem mündlichen Testamente ihren Grund haben können, so bliebe also keine Art der Pfandrechte übrig, bei welcher diese Eintheilung Statt fände. — Es bedarf übrigens wohl kaum einer Bemerkung, daß die ganze Schweppe'sche Ansicht auf einer Verwechselung der Bestellung mit dem Beweise der Pfandrechte beruht, und daß er in die eben gerügte Inconsequenz verfällt, weil er, indem er die Unhaltbarkeit der Meinung, daß die Eintheilung sich auf conventionelle Pfandrechte beziehe, erkannt, sich von derselben denn doch nicht ganz frei zu machen gewußt hat. — Allerdings ist

nen Absicht des Gesetzes [14]? Wie soll überhaupt die von mir gegebene Erklärung des Gesetzes durch solche Bemerkungen entkräftet werden können? Im Gegentheile scheint die von Schweppe selbst hervorgehobene Beziehung auf den Beweis geradezu auf meine, nicht auf seine, Meinung zurückzuweisen.

Eben so wenig dürfte das Bisherige durch die Bemerkungen Franke's entkräftet seyn. Nach diesem soll Leo sagen:

»Der Gläubiger, welcher sein Pfandrecht aus öf»fentlichen Instrumenten oder quasi publicis ableitet, „geht dem vor, welcher dieses nur auf Privat-Scrip»turen des Schuldners stützt.«

»Der aber, welcher eine gesetzliche Hypothek habe, stütze »sich dafür, für seine Hypothek, so wenig auf öffentliche, »als Privat-Documente, sondern auf das Gesetz selbst, und „von diesem Falle schweige die Verordnung also —." Da die Constitution gar nicht von der Entstehung eines Pfandrechtes redet; sondern nur verordnet, daß bei dem Beweise einer Forderung die Privat-Urkunde der öffentlichen gleichstehen solle, nicht aber bei dem Beweise des bessern Pfand-

---

es eine sonderbare Erscheinung, daß die Wirksamkeit eines frühern Pfandrechts dadurch gemindert werden kann, daß ein späterer Gläubiger sein Pfandrecht aus einer öffentlichen Urkunde zu beweisen im Stande ist. Bei der, im römischen Staate sich findenden, Begünstigung des Urkundenbeweises, und den sonst hier Statt findenden Verhältnissen, ist übrigens diese Bestimmung nicht gerade auffallend. Ist einmal in dem Gesetze dem Beweise durch öffentliche Urkunden ein solcher Vorzug, ohne irgend eine Beschränkung, gegeben: so läßt sich nicht wohl absehen, warum dies Privilegium nicht gegen alle Arten von Pfand-Gläubigern wirksam seyn soll, da doch sonst die dem Pfandrechte ertheilten Privilegien allgemeine Wirksamkeit haben.

14) Ueber die Absicht des Gesetzes dürfte Gesterding a. a. O. nachgesehen werden können.

rechtes, wenn gegen einen andern Pfandgläubiger die hypothecaria actio angestellt wird: so bedarf dieser Einwand wohl keiner weitern Widerlegung. Nur darauf muß aufmerksam gemacht werden, daß Franke den Zusammenhang des Gesetzes verschweigt, die Ordnung der Verfügung umkehrt, und den Sinn auf eine Weise wiedergiebt, die schon seine Ansicht voraussetzt. Ex idiochiris vindicare heißt nicht sein Pfandrecht auf eine Privat-Urkunde stützen, diesen Ausdruck in dem bei der Erklärung angegebenen Sinne genommen. Eben so wenig kann man von Demjenigen, der bei seiner Vertheidigung instrumentis publice confectis nititur, sagen, er leite sein Recht ab aus öffentlichen Urkunden, und dies so verstehen, er behaupte, sein Recht sey durch öffentliche Urkunden constituirt. Auf diese Weise müßten aber die Vordersätze verstanden werden, wenn die auf den angeblichen Inhalt der Verordnung gegründeten Folgerungen nur einigermaßen Bedeutung haben sollten.

Auf einer Ausdehnung von Leo's Verordnung beruht nach dem Bisherigen die von mir vertheidigte Meinung nicht: ich würde daher die von Franke gegen diese Ausdehnung vorgebrachten Bemerkungen ganz mit Stillschweigen übergehen können, wenn sie nicht auch indirect gegen die bisherige Auslegung gerichtet wären. Ist es wahr, daß die Resultate der bisher gegebenen Interpretation zu Inconsequenzen führen, in der Anwendung unausführbar sind, und manche gesetzliche Pfandrechte ganz ihres Werthes berauben: so müssen allerdings große Bedenklichkeiten auch gegen diese Statt finden.

In der Wirklichkeit beruhen die vorgebrachten Beschuldigungen nur auf Mißverständnissen. Nach jeder Ansicht setzt ein jedes Pfandrecht eine oder mehrere Thatsachen zu seiner Begründung voraus, nach jeder Meinung muß der Pfandgläubiger diese Thatsachen beweisen, wenn sie ihm abgeläugnet werden, nach jeder Meinung kann er sich bei diesem Beweise sowohl der Urkunden, wie anderer Beweis-

mittel bedienen. Nach meiner Ansicht ist dasjenige Pfandrecht ein öffentliches, bei welchem das Factum der Verpfändung, d. i. die das Pfandrecht begründende Thatsache, oder, wenn es mehrere sind, alle zusammen, durch öffentliche Instrumente nachgewiesen werden kann, ein Privat-Pfand dasjenige, bei welchem dies nicht der Fall ist. Wo ist hier eine Schwierigkeit in der Anwendung, wo kann eine seyn, die sich nicht auf gleiche Weise bei jeder andern Ansicht wieder fände? Warum sollen denn die gesetzlichen Pfandrechte nach dieser Ansicht ihren Werth verlieren? Doch wohl nicht darum, weil manche nicht durch öffentliche Urkunden bewiesen werden können, und darum den Privat-Pfändern zugezählt werden müssen? Was in dem einen Falle dem gesetzlichen Pfandgläubiger nachtheilig ist, dies wird ihm im andern Vortheil gewähren. Der Werth des Pfandrechtes, wenn er auch zuweilen vermindert wird, geht in keinem Falle verloren. — Die angeschuldigte Inconsequenz freilich scheint auf dem Mißverständnisse zu beruhen, als nähme ich an, daß bei den gesetzlichen Pfändern, nicht aber bei den conventionellen, auch der Beweis der Forderung durch öffentliche Instrumente zu führen sey. Allein, wo sage ich dies?

Der zweite Grund, den ich für meine Meinung anführte, war, die entgegenstehende Ansicht führe zu unerhörten, nirgends in den Gesetzen gegründeten, Resultaten und zu unauflösbaren Widersprüchen. Könne, was ich nicht glaube, auch die bisher gegebene Erklärung des Gesetzes zweifelhaft seyn; so müsse man doch den von mir angegebenen Sinn jedem andern vorziehen, weil in ambigua voce legis ea potius est accipienda significatio, quae vitio caret: praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit [15]).

Daß die, in dem alsbald anzuführenden Beispiele von meinen Gegnern angewendeten, Grundsätze nirgends in un-

15) Fr. 19. D. 1, 3. — Archiv, a. a. O. S. 158 a. E., 159 a. A. S. 160 a. E.

fern Gesetzen aufgestellt sind, dies wird allgemein zugegeben: daher habe ich nur nachzuweisen, daß sie die so eben sonst gemachten Vorwürfe treffen.

Unnatürlich ist es aber auf alle Fälle, daß, wenn der A eine conventionelle Privat-Hypothek auf 1000, der B eine spätere gesetzliche auf 800, der C eine noch jüngere vertragsmäßige auf 1200 hat, und das Vermögen aus 1200 besteht; jetzt der A zuerst 1000, der B 200 bekommen, der C dagegen dem A die 1000 wieder wegnehmen soll. Hier wäre der A der Erste und Letzte, nicht minder der C. — Der A würde als Erster Nichts bekommen, der C würde als Erster nicht völlig befriedigt werden, obschon zu seiner Befriedigung das Pfand vollständig hinreichte. — Wenn der A aufgehört hätte, Pfandgläubiger zu seyn, der C sein Pfandrecht und das des A in einer Person vereinigte, wie im Falle des ausgeübten juris offerendi; so würde es freilich natürlich seyn, daß der C für die Forderung des A und an dessen Stelle dem B vorgehe; da aber hier der A sein Recht behalten soll, auch der C nicht dessen Stellvertreter wird: so gehen die angegebenen Resultate ins Unbegreifliche über.

Daß durch das Vorhandenseyn eines Dritten die Rechte zweier Personen modificirt werden können, dies ist freilich möglich. Gerade darin liegt aber das Unerhörte, zu dem die jenseitige Meinung führt, daß das gesetzliche Verhältniß von A u. C durch die Concurrenz des B ganz geändert werden soll, ohne daß diese Aenderung bleibend wäre; daß dem A seine Rechte nur vorübergehend, gegen das Gesetz, erhalten werden, um dem B zu schaden; daß von einer wahren Modification der in Frage stehenden Rechte keine Rede ist.

Wie unausführbar das Ganze sey, dies würde man leicht erkennen, wenn man nur bedächte, daß die Frage vom Vorzuge der Pfandrechte nicht allein im Concurse vorkommen kann; daß Leo's Verordnung gar nicht von dem Falle eines eingetretenen Concurses redet; daß im römischen Concurse die Pfandgläubiger immer die Sache unter sich ausmachten,

so daß von einem, alle Gläubiger betreffenden, Urtheile dort niemals die Rede seyn konnte; daß die Stärke und Bedeutung der vorhandenen Pfandrechte auch bei uns durch den Ausbruch eines Concurses nicht geändert werden können: daß also die Rangordnung im Concurse keine andere seyn kann, als wie die, welche sich aus der Natur und den Eigenthümlichkeiten der vorhandenen Pfandrechte ergiebt; daß endlich eine Location im Concurse nach diesen Grundsätzen gar nicht möglich ist. Im Locations-Urtheile müßte dem A die Stelle vor dem B angewiesen werden, eine Berücksichtigung seines Verhältnisses zum C würde unstatthaft seyn, dem C daher immer, wenn er gegen den A auftreten wollte, die exceptio rei judicatae entgegen stehen.

Nur der erste Pfandgläubiger ist berechtigt, die Rechte eines Pfandgläubigers vollständig auszuüben, namentlich die Veräußerung giltig vorzunehmen. Wer soll, nach der geta delten Ansicht, hierzu im Fragefalle berechtigt seyn? Der A Dies ist nicht möglich, denn der C ist ein besserer Pfandgläubiger. Der B? Auch dies geht nicht an. Der C? Dies ist eben so wenig möglich, denn er steht zuletzt in der Reihe und wird sogar theilweise ausgeschlossen durch den B. Daß er gegen den A durchzudringen im Stande ist, dies setzt ihn nicht an die Stelle des A, so lange das Pfandrecht nicht auf ihn übergegangen ist.

Bekanntlich kann der bessere Pfandgläubiger das Pfand von dem schlechtern mit Wirkung durch die hypothecaria actio abfordern. Nach der von mir bestrittenen Meinung kann dies sonach der B von dem C, ohne daß dieser sich durch seinen Vorzug vor dem A schützen könnte, denn dieser geht den B nichts an, da der C gar nicht an die Stelle des A getreten ist. Wollte man dies nicht annehmen, so müßte man aus gleichem Grunde behaupten, daß der B sich gegen den A schützen könnte, weil er den Vorzug hat vor dem C, sonach jetzt auch dem B einen Vorzug zusprechen vor A u. C und dadurch den Zustand der Sache noch mehr verwirre.

Oder warum soll gerade nur der öffentliche Pfandgläubiger sich auf ein Vorrecht eines Dritten berufen können, weil er vor diesen den Vorzug hat?

Dem B kann aber die Sache hinwegnehmen der A, dem A der C, dem C wieder der B, theils weil er ein rechtskräftiges Urtheil für sich hat, theils weil ihn der Proceß zwischen A und C gar nichts angeht, und so beginnt der Cirkel, der nie sein Ende erreicht, so lange nicht einer der streitenden Theile durch Ausübung des juris offerendi et succedendi ganz an die Stelle eines der Andern eingetreten ist.

Durch den Sieg des Einen über den Andern wird, nach den allgemeinen Grundsätzen über die res judicata, ein solcher Eintritt nicht begründet: könnte er aber hierdurch begründet werden, so würde dies eben so gut zum Vortheile des B Statt finden, wenn dieser zuerst geklagt hat, wie er umgekehrt zum Vortheile des C gelten müßte, wenn dieser zuerst sich das Pfand erstritten hätte. Alsdann würde es vom Zufalle abhängen, ob der B oder der C als der bessere Gläubiger zu betrachten sey. — Woher Beckmann es weiß, daß C an die Stelle des A getreten sey, und daß er deßwegen immer den C ausschließe, dieß ist mir unbekannt: dagegen weiß ich, daß Paulus einen, ganz hierher gehörenden, Fall nach den, oben von mir angegebenen, Grundsätzen entscheidet, wenn er das Folgende sagt:

Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Euthychianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori: cum Euthychiana de jure suo doceret, superata apud judicem a tertio creditore non provocaverat: Turbo apud alium judicem victus appellaverat. *Quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem expulerat*[16], *an*, *ea remota*, *Turbo tertium excluderet?* Plane cum tertius creditor primum de sua pe-

16) So die Vulgata. In der Florentina fehlt das letzte Wort.

cunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit: *fuerunt igitur, qui dicerent*, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere: *mihi nequaquam hoc justum esse videbatur. Pone primam creditricem judicio convenisse tertium creditorem, et exceptione, aliove quo modo a tertio superatam: numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei judicatae uti potest? Aut contra, si post primum judicium, in quo prima* creditrix *superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium*[17]) *obtinuerit, poterit uti exceptione rei judicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in ejus locum, quem exclusit: nec inter alios res judicata alii prodesse aut nocere solet: sed sine praejudicio prioris sententiae totum jus alii creditori integrum relinquitur* [18]).

Der Sinn dieser Stelle ist vollkommen deutlich. Im Anfange erzählt Paulus ganz denselben Fall, der in dem Bisherigen, als zu einem unauflösbaren Cirkel hinführend, dargestellt worden ist. Auch hier sind drei Pfandgläubiger vorhanden. Die Euthychiana (unser A) ist der erste, der Turbo, unser B, ist der zweite, außerdem ist noch ein dritter, der C. Dieser C hat *exceptione aliove quo modo* gegen den A den Proceß gewonnen (war also auch schon vor dem Urtheile besser, wie der A, gerade, wie das in unserm Falle behauptet wird) und ist nun gegen den A sogar noch durch die exceptio rei judicatae gesichert, steht also noch mehr über dem A, als dies in unserm Falle,

---

17) Für contra tertium. s. a. Fr. 27. §. ult. D. 32. Die Vulgata liest a tertio.

18) Fr. 16. D. 20. 4.

wenn die Sache in einem Concurse zur Sprache kömmt, regelmäßig der Fall seyn wird.

Hiernach wirft er die Frage auf, wie dieser Fall zu beurtheilen sey? In den Worten plane --- videbatur führt er an, daß man versucht seyn könne, diesen Fall nach Analogie der, durch das jus offerendi et succedendi entstehenden, Verhältnisse zu beurtheilen. Dies hätten wirklich einige Juristen gethan, jedoch mit Unrecht. Von den Worten »pone« bis opinor führt er nun aus, warum die von ihm mißbilligte Ansicht nicht gegründet sey, und bemerkt zum Schlusse, daß der C nicht an die Stelle des A getreten sey, sich nicht gegen den B der exceptio rei judicatae bedienen könne, daß im Gegentheile, des frühern Urtheiles unerachtet, dem B *totum* jus integrum relinquatur. — Was kann deutlicher, was entscheidender seyn für den jetzt in Frage stehenden Punkt? Paulus mißbilligt ausdrücklich die Ansicht derjenigen Juristen, deren Ausspruch der Beckmann'schen Ansicht günstig war, und rechtfertigt ausführlich den entgegenstehenden Gesichtspunkt, nach dem der in das Unendliche gehende Cirkel nicht zu vermeiden ist.

Als dritter Grund wurde angeführt, daß in Leo's Zeiten nur wenige gesetzliche Pfandrechte vorhanden gewesen; selbst wenn das Gesetz nur von conventionellen Pfandrechten redete, so würde dies unter diesen Umständen nicht unnatürlich seyn. Da aber non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur [19]), so müsse man dennoch, um die bisher angegebenen Schwierigkeiten zu vermeiden, selbst in diesem Falle das Gesetz seinem Geiste nach so anwenden, wie von mir behauptet worden ist [20]).

Zur Rechtfertigung dieses Nebengrundes will ich hier weiter nichts hinzufügen, da sich alle Einwände durch das Bisherige wohl hinreichend erledigen, und da es bei der

19) Fr. 26. D. 1, 3. f. a. Fr. 27. eod.

20) Archiv a. a. O. S. 154. a. A. S. 159. Z. 32. bis S. 160. Z. 2.

vollkommenen Zulänglichkeit der beiden ersten Gründe dieses dritten wohl nicht bedarf. — Wie wenig übrigens hier (auch wenn man nur diesen Nebengrund berücksichtigen wollte, der denn freilich von meinen Gegnern so ziemlich allein berücksichtiget worden ist) von einer Ausdehnung und Erweiterung von Vorzugs-Rechten die Rede sey, welche Schweppe für unstatthaft erklärt, und darum meine Meinung verwirft; dies zeigt am deutlichsten Franke, welcher meine Ansicht darum mißbilligt, weil er glaubt, daß durch sie manche gesetzlichen Pfandrechte ganz ihren Werth verlieren würden.

X.

Ueber die actio quod jussu.

Von Thibaut.

Der Hausvater kann aus den Handlungen seiner Haussöhne auf dreifache Art belangt werden, nämlich 1) so, daß er nicht als Selbstschuldner, sondern nur als Vertreter des Sohnes in Anspruch genommen wird, wie es der Fall ist, wenn er den Genuß oder die Verwaltung der Kindergüter hat, woraus Schulden des Sohnes zu bezahlen sind [1]; 2) so, daß er der alleinige Selbstschuldner ist, welches eintritt, wenn der Sohn auftragsmäßig blos für den Vater einen Vertrag schloß [2], oder wenn der Vater den Vertrag selbst geschlossen hatte, und der Sohn das Bedungene als Bevollmächtigter desselben in Empfang nahm [3]; oder endlich 3) so, daß

1) §. 3. I. de acquis. per arrog. (3. 11.) L. 7. pr. C. de curat. furios. (5. 70.) L. 8. §. 3. C. de bon. quae lib.

2) L. 2. de pact. (2. 14.) L. 6. §. 1. de negot. gest. (3. 5.) L. 14. §. 3. L. 15. de pecun. constit. (13. 5.) L. 1. §. 1. mandat. (17. 1.) L. 1. §. 2. de contr. emt. (18. 1.) L. 2. §. 2. de O. et A. (44. 7.)

3) L. 5. pr. quod iussu (15. 4.) L. 4. C. quod cum eo. (4. 26.)